FRIEDRICH A. HAYEK
Premio Nobel de Economía

DERECHO, LEGISLACION Y LIBERTAD

Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política

Volumen III

EL ORDEN POLITICO DE UNA SOCIEDAD LIBRE

UNION EDITORIAL, S. A.

CAPITULO XVI

La errada evolución del ideal democrático: una recapitulación

An nescis, mi fili, quantilla prudentia regitur orbis?

Axel Oxenstjerna (1648) *

El desvío del ideal democrático

No cabe ignorar por más tiempo el hecho de que es cada vez mayor el número de personas de talante reflexivo y bien intencionado que paulatinamente van perdiendo la fe en lo que antaño fuera para ellos el noble ideal de la democracia. Prodúcese tal evolución precisamente en la medida en que incesantemente se intenta extender el campo de aplicación del método democrático a nuevas esferas sociales, y cabe ciertamente preguntarse si ello no será en parte consecuencia de esta tendencia. La desilusión de referencia, sin embargo, no alcanza sólo a los

* El Conde Axel Oxenstjerna (1583-1654) le decía a su hijo en una carta fechada en 1648: «¿Es que no sabes, hijo mío, con cuán escasa inteligencia se gobierna el mundo?» Dado que la mayor parte de los argumentos justificativos de la sugerencia que a lo largo del presente capítulo se ofrece fueron elaborados y publicados —y, por lo tanto, han llegado seguramente a conocimiento del lector hace ya bastante tiempo—, me ha parecido conveniente consignar aquí una breve recapitulación de los mismos en virtud de la cual creo haber logrado plantear, de manera más resumida, sus aspectos más fundamentales. Representa este capítulo una variante ligeramente revisada del ensayo publicado en *Encounter* en marzo de 1978.

abusos a los que, sin duda, está siendo sometido el aludido ideal, porque atañe incluso a su propia esencia. Y aunque prefieran guardar prudente silencio la mayor parte de las personas a quienes afecta esta pérdida de confianza en un ideal que durante mucho tiempo sirvió de norte a su comportamiento, por mi parte considero improcedente permanecer callado, debido a la alarma que en mi ánimo suscita el desarrollo del aludido proceso.

Creo que la desilusión de referencia no afecta tanto al modelo democrático en sí como al método elegido para llevarlo a la práctica. Y es precisamente porque pretendo rescatar al verdadero ideal democrático del descrédito en el que ha caído por lo que intento identificar el fundamental error cometido al objeto de ofrecer así algunas sugerencias relativas a cuál sea la vía que nos permita evitar las nocivas consecuencias producidas por la aplicación del método democrático hasta ahora adoptado. Como es natural, para no incurrir en posterior desengaño, el análisis de cualquier ideal debe ser siempre abordado con el debido rigor. En el caso del modelo democrático nunca convendrá olvidar que dicho término hace únicamente referencia a una concreta mecánica de gobierno. Inicialmente, este vocablo significó tan sólo un específico método en virtud del cual podían ser establecidas las necesarias decisiones políticas y ninguna relación tenía con cuáles debieran ser los objetivos que el gobierno debiera propiciar. Ello no obstante, habida cuenta que se trata del único método conocido capaz de ofrecer una vía que adecuadamente permite asegurar la pacífica transmisión del poder político, es evidente que se trata de un logro en extremo valioso por cuya salvaguardia conviene, sin duda, luchar.

Una democracia basada en la «negociación»

No resulta difícil descubrir la causa por la cual el actual modelo democrático ha de producir tan profundo desencanto entre quienes entienden que los gobernantes deben en todo momento mostrarse respetuosos con la opinión que la mayoría sustente.

Aunque algunos opinen que los actuales gobiernos democráticos cumplen adecuadamente tal condición, dicho aserto es hasta tal punto inexacto que seguramente no logrará confundir a cualquiera que disponga de una mínima capacidad de observación. A lo largo de la historia de la humanidad nunca como hasta ahora se han visto los gobiernos, en efecto, tan perentoriamente obligados a satisfacer las particulares apetencias de los diferentes intereses sectarios. Compláceles a los expertos políticos hablar de la «democracia de masas», y poco cabría objetar al uso de la citada expresión si los gobernantes democráticamente elegidos verdaderamente sometieran su comportamiento a aquellos principios en torno a los cuales el pueblo haya logrado establecer consenso. Las quejas que hoy a nivel político se escuchan, sin embargo, lejos de hacer referencia a que los gobernantes sometan su comportamiento a la opinión de la mayoría, derivan de la constatación de que su actuación depende realmente de las posiciones adoptadas por un conglomerado de específicos grupos de interés. Por lo menos en teoría, un gobierno autocrático puede ejercer algún grado de control sobre sí mismo (aunque en la práctica no sea ello lo más probable). Tal realidad, sin embargo, es de todo punto inconcebible en el caso de un gobierno democrático. En la medida en que el poder de un gobierno de esta especie no se encuentre sometido a oportuna limitación, le resultará imposible someter su comportamiento a los principios sustentados por la mayoría del electorado, ya que, para lograr para sus programas el necesario apoyo mayoritario, indefectiblemente se verá obligado a ceder ante las pretensiones sectarias de algún conjunto de intereses, intereses que siempre estarán condicionados por la circunstancia de que cada uno de los grupos afectados sólo amparará las pretensiones de las de los restantes en la medida en que consideren que, por tal vía, los suyos también serán propiciados. Tal tipo de democracia negociadora, desde luego, nada tiene que ver con los principios sobre los que básicamente se sustenta el ideal democrático.

Los gobiernos democráticos han quedado reducidos al papel de meros juguetes de los grupos de interés

Cuando ante mis lectores planteo la conveniencia de que los gobiernos democráticos queden sometidos a oportuna limitación o, más concretamente, cuando abogo en favor de la democracia limitada, no pretendo, claro está, afirmar que deban únicamente establecerse fronteras a aquella porción de la función gubernativa cuyo control se ejerza en virtud de la aplicación del método democrático, sino que *todo* órgano de gobierno, y de manera especial aquel que opere según el modelo democrático, deberá ser objeto de limitación. Justifica el anterior aserto la constatación de que, cuando se dota a un gobierno democrático de omnímodos poderes, se le debilita hasta el punto de convertirlo en simple juguete de cuantos intereses sectarios los gobernantes se ven obligados a complacer al objeto de lograr para sus programas el necesario apoyo mayoritario.

¿Cómo ha llegado a plantearse tal situación?

Durante los dos siglos transcurridos desde que se produjo la desaparición del absolutismo monárquico y hasta que en el mundo surgió la democracia ilimitada, la restricción del poder gubernamental fue siempre prioritario objetivo de todo el esfuerzo constitucional. Los principales mecanismos que paulatinamente se establecieron al objeto de evitar que los gobiernos pudieran hacer uso arbitrario de sus potestades fueron: la separación de poderes, la soberanía o supremacía de la ley, el principio de que el gobierno también debiera quedar sometido a la ley, la separación del derecho público del privado y el respeto al proceso judicial. Servían estas medidas el fundamental objetivo de definir y delimitar debidamente los supuestos bajo los cuales el individuo podría ser lícitamente coaccionado. Estimábase que sólo la salvaguardia del interés general podía justificar el recurso a la coerción e identificábase dicho interés general con el colectivo sometimiento a un esquema normativo que a todos obligara.

Quedó, sin embargo, este conjunto de nobles principios liberales relegado a segundo plano, e incluso casi olvidado, en la medida en que, de manera general, llegó a prevalecer la idea

de que, establecido el control democrático del comportamiento de los órganos de gobierno, resultaba por completo innecesaria la adopción de cualquier otra medida encaminada a garantizar el adecuado uso del poder. No fueron tanto olvidados los antiguos principios como despojado de contenido su verbal expresión a través de la paulatina alteración del significado de los correspondientes vocablos. El más fundamental de los términos sobre el que las fórmulas del constitucionalismo liberal clásico se basara fue el de «ley». Modificado su significado, quedaron también hueros de contenido todos los restantes principios clásicos del planteamiento liberal.

LEYES «VERSUS» DISPOSICIONES

Para los primeros teóricos del constitucionalismo el término «ley» tuvo siempre un significado preciso y concreto. Pretendíase garantizar la libertad individual por la vía de someter a la ley el poder gubernamental, interpretada aquélla en el sentido apuntado. En el siglo XIX, los teóricos de la ciencia jurídica la definieron finalmente como el conjunto de normas reguladoras de las relaciones sociales que, aplicables a un indeterminado número de casos futuros, quedan integradas por un conjunto de prohibiciones susceptibles de delimitar (aunque no de especificar) cuáles deben ser los espacios dominicales que a cada uno de los individuos o grupos organizados deben corresponder. Tras un extenso debate a lo largo del cual los juristas —especialmente los de la escuela jurisprudencial alemana— llegaron a elaborar la apuntada definición de lo que denominaron «ley en su sentido material», dicha interpretación fue inesperadamente abandonada en virtud de lo que hoy bien cabe considerar una ingenua objeción: que, según dicha interpretación, las normas constitucionales no podrían ser conceptuadas ley en el sentido material del término. Pero claro está que tales disposiciones no son normas de conducta en sentido propio, sino disposiciones relativas a la organización que se ocupa del desarrollo de la función de gobierno, disposiciones que, como cualquier otra relacionada con el mero control de la función pública, pue-

den ser oportunamente alteradas, en contraste con lo que sucede con las normas correspondientes a los Derechos Privado y Penal.

Pretendíase mediante la ley impedir la adopción de comportamientos no coincidentes con la justicia, entendiéndose que ésta exigía la aplicación a todos los ciudadanos de similares principios, mecánica que se contrastaba con la introducción de disposiciones o privilegios que únicamente afectaran a contados grupos concretos. ¿Quién sería hoy capaz de suscribir la opinión sustentada, hace doscientos años, por John Madison, en el sentido de que «la Cámara de Representantes no debe hacer ley alguna que, afectando a la generalidad de las gentes, no incida también por igual sobre cuantos la integran, así como sobre sus protegidos y amigos»? Con la aparente victoria de los principios propiciadores del control democrático del gobierno, una sola asamblea llegó simultáneamente a disponer de la capacidad legislativa y de la de emitir disposiciones relacionadas meramente con el desarrollo de la función de gobierno. Tuvo ello por ineluctable efecto el que la autoridad gubernamental suprema pudiera, a partir de tal momento, establecer las normas legales que considerara más oportunas en orden a asegurar el más adecuado logro de los objetivos por ella perseguidos, mecánica que sin duda implica el abandono del principio del «gobierno *bajo* la ley». Y aunque resulta legítimo exigir que tanto la normativa legal propiamente dicha como las disposiciones meramente encaminadas al control del aparato gubernamental queden sometidas al oportuno control democrático, la coincidencia de una y otra responsabilidad en manos de una misma asamblea (o asambleas) ha significado el retorno de la humanidad a pretéritos esquemas de gobierno omnipotente.

A lo largo del aludido proceso quedó también invalidado el fundamental principio según el cual un gobierno democrático, por estar sometido a los deseos de la mayoría, nada puede hacer que no coincida con el interés general, principio que si bien goza de plena validez en el caso de un órgano de gobierno ocupado únicamente de establecer leyes de carácter *general* (o de cuestiones que verdaderamente afecten al interés *general*), no sólo *no reza*, sino que incluso resulta totalmente *incompatible*, con una institución que, en la medida en que disponga

de poderes ilimitados, no dudará en hacer uso de ellos para lograr el apoyo, no sólo de ciertos grupos sociales, sino también de cualquier ciudadano que, a nivel individual, disponga de suficiente poder. Como cualquier otro organismo dotado de poderes de la especie indicada y que no los someta a determinados principios de justicia, por la vía del respeto a una normativa de tipo general, constantemente se verá obligado a otorgar a los grupos de presión determinadas ventajas discriminatorias al objeto de poder contar con su apoyo. No cabe, desde luego, pensar que cuantas «exigencias políticas» las modernas democracias movilizan gocen del refrendo de la mayoría.

Leyes y gobierno arbitrario

El resultado de la aludida evolución no sólo liberó al gobierno de la ley, sino que vació también por completo de contenido el concepto de «ley». En contraste con lo que John Locke preconizara, la actuación del órgano legislativo dejó de estar limitada a la labor de confeccionar leyes asimilables a lo que el concepto de «norma general de justo comportamiento» ampara. Se consideró a partir de tal momento «ley» *cuantas disposiciones* el órgano legislativo considere oportuno emitir. El citado órgano dejó de ser llamado «legislativo» porque fuera fuente de ley, pasando a ser considerado «ley» cuanto el mismo dispusiera. El noble término «ley» perdió así por completo su prístino significado, pasando a abarcar también una serie de decisiones legales que los fundadores del constitucionalismo no hubieran dudado en calificar de arbitrarias. El órgano legislativo pasó a ocuparse, fundamentalmente, de simples cuestiones de gobierno, con lo que fue relegando a lugar meramente subsidiario los aspectos verdaderamente legislativos de su actividad.

En no menor medida fue perdiendo también su prístino significado el término «arbitrario», que originalmente aludiera a «lo que no está sujeto a norma», es decir, a cuanto es producto de alguna concreta decisión no encuadrada dentro de un marco normativo que goce de general respaldo. En este específico correcto sentido del término, hasta las decisiones tomadas

por un autócrata pueden ser legales, a la vez que pueden resultar arbitrarias las establecidas por un órgano mayoritario. Hasta el propio Rousseau, autor al que fundamentalmente corresponde la responsabilidad de haber introducido en el ámbito político el poco afortunado concepto de «voluntad», no dejó de percibir, por lo menos en determinados pasajes, que para que una concreta decisión de esa «voluntad» pudiera ser considerada justa, debería contemplar su *generalizada aplicación,* lo cual, desde luego, no coincide con las decisiones legales adoptadas mayoritariamente por los modernos órganos legislativos, en cuyo ámbito se considera lícito cuanto contribuya a incrementar el apoyo popular a aquellas medidas que el gobierno decida propiciar.

Un parlamento soberano y omnipotente que no deba limitar su actividad legislativa a la adopción de leyes de tipo general implica no sólo gobierno arbitrario, sino también, lo que encierra aún mayor peligro, una modalidad de gobierno que aunque lo pretendiera, no podría ajustar su comportamiento a principio moral o ético alguno, ya que siempre estará obligado a propiciar para sí el respaldo de la mayoría —de la que su existencia depende— por vía de la concesión de favores sectarios a determinados grupos de interés. Su propia autoridad depende de que, a nivel social, se avenga a introducir prácticas discriminatorias con relación a los ciudadanos. El modelo parlamentario británico —que en Occidente por doquier se ha intentado imitar— introdujo a nivel político no sólo el principio de la representatividad, sino también, por desgracia, el de la soberanía parlamentaria, es decir, la idea de que las cámaras representativas deben gozar de poderes ilimitados. Son, sin embargo, irreconciliables entre sí los conceptos de soberanía *de la ley* y de soberanía *parlamentaria;* lo que no impide que, en la actualidad, ante la afirmación del diputado señor Enoch Powell en el sentido de que «la introducción de una "Tabla de Derechos" es medida incompatible con nuestra libremente asumida Constitución», se apresure a asentir el señor Callagher, asegurándole que suscribe totalmente sus palabras [1].

---

[1] Cámara de los Comunes, 17 de mayo de 1977. No sería necesario establecer una «Tabla de Derechos Humanos». Bastaría con que cual-

Es preciso, por lo tanto, reconocer que la razón amparaba a aquellos americanos que, hace doscientos años, argumentaban ya que un órgano parlamentario no sometido a limitación llevaba en sus entrañas la sentencia de muerte de la libertad individual. Porque es lo cierto que, al parecer, hoy en día, la Constitución no tiene por qué amparar la libertad individual, sino que debe ser tan sólo oportuno cauce que asegure que *la mayoría parlamentaria pueda comportarse de manera arbitraria siempre que lo juzgue conveniente.* Preciso resultar elegir entre la libertad individual y la libertad parlamentaria. Requiere la primera que toda fuente de autoridad se vea limitada por principios inamovibles, de carácter general, y compartidos por las gentes.

Del trato discriminatorio a la arbitraria toma de decisiones

Hubo de transcurrir cierto tiempo para que los efectos de la democracia ilimitada se dejasen notar. Durante dicho período, los hábitos tradicionales propios del constitucionalismo liberal lograron, hasta cierto punto, limitar la expansión del poder gubernamental. Pero cuando se intentó aplicar el modelo democrático a países que no disponían de las aludidas tradiciones, no tardó en desintegrarse. En aquellos otros en los que, por el contrario, existía cierta tradición de gobierno representativo, las primeras grietas en las defensas establecidas contra el abuso del poder aparecieron bajo el influjo de motivaciones de índole social. Se estimó, en efecto, que no constituía discriminación la adopción de medidas orientadas a mejorar la suerte de los estamentos más necesitados. (A este respecto, recientemente, incluso se ha inventado el incoherente término «subprivilegiado».) Ahora bien, en la medida en que se pretenda equiparar entre sí las posiciones económicas de gentes que

quier tipo de poder gubernamental respetara una sola condición: que la única coerción permitida fuera la orientada a salvaguardar el respeto a la ley, entedida ésta según el enfoque al que hemos hecho referencia. Quedarían con ello salvaguardados, no sólo todos los derechos fundamentales hasta ahora reconocidos, sino también muchos otros.

inevitablemente han de diferir en lo que respecta a muchas de las circunstancias de las cuales su éxito material depende, resulta inevitable recurrir al trato discriminatorio.

Aunque fuera por motivos humanitarios, el abandono del principio de la igualdad de trato ante la ley abrió el camino a la arbitrariedad. Y fue al objeto de ocultar dicha realidad por lo que se recurrió al uso del término «justicia social», expresión cuyo concreto significado nadie es capaz de establecer, pero que, precisamente por ello, ha servido de mágico talismán con cuyo auxilio se ha conseguido derribar cuantas barreras se oponían a la introducción de medidas sectarias. La vía más expedita para lograr el apoyo de la mayoría consiste en otorgar a ciertos grupos ventajas discriminatorias cuyo impacto recaiga sobre estamentos sociales *de difícil identificación*. Ahora bien, una vez asumida por cualquier gobierno u órgano parlamentario una labor de tipo caritativo, resulta obligado que, a partir de tal momento, quede sometido a irresistible extorsión. Pronto la asignación de las correspondientes ventajas perderá toda relación con el «mérito» de cada iniciativa, quedando simplemente vinculado a su «necesidad política».

No corresponde, sin embargo, la responsabilidad de esa legalizada corrupción a los estamentos políticos, puesto que, para poder desarrollar su labor con un mínimo de eficacia, indefectiblemente se ven obligados a dar su anuencia a la citada corrupción. Llega así el fenómeno a convertirse en ineluctable componente de cualquier sistema político que, a cambio del necesario apoyo político, se vea en la necesidad de otorgar específicos favores sectoriales. Una asamblea que disponga de poderes ilimitados es incapaz de resistirse a la presión del aludido proceso, cosa que sólo podrán hacer aquellas instituciones legislativas que únicamente se ocupen de la confección de normas generales de comportamiento, o bien aquellos órganos de gobierno que sólo estén autorizados a aplicar la coerción al objeto de garantizar el general sometimiento a un conjunto de normas que no esté en su mano alterar. No cabe duda, desde luego, que aun en el supuesto de que el gobierno quedara por completo privado de la posibilidad de recurrir a la discriminatoria coerción, podrían los estamentos gobernantes adoptar actitudes tam-

bién discriminatorias en lo que se refiere a la prestación de los servicios colectivos. Trataríase, sin embargo, de un fenómeno de carácter mucho menos nocivo y que con mayor probabilidad de éxito cabría seguramente evitar. Por añadidura, una vez privado el gobierno central de toda discriminatoria capacidad coercitiva, sería tan conveniente como posible delegar el control de la gestión de la mayor parte de los servicios públicos a organismos de tipo local que entre sí quedarían obligados a competir en el desarrollo de una más eficaz gestión.

La separación de poderes como medio de evitar la omnipotencia gubernamental

De cuanto queda expuesto parece obligado concluir que una asamblea representativa a la que hayan sido atribuidos poderes ilimitados (es decir, una asamblea dotada de potestades soberanas) necesariamente habrá de verse obligada a incrementar paulatinamente el alcance de los mismos, realidad que sólo será posible obviar por la vía de la introducción de la división de poderes entre dos cámaras democráticas independientes, es decir, mediante la aplicación del principio de la división del poder al más alto nivel institucional.

Esas dos cámaras deberán, sin duda, tener diferente composición en la medida en que se pretenda que la *legislación* represente la *opinión* del pueblo acerca de cuáles deban ser los actos de gobierno que procede considerar justos y que la *gubernamental* exprese la *voluntad* de las gentes en cuanto a cuáles deban ser las medidas concretas a adoptar, encuadradas éstas siempre en el marco normativo que la primera cámara oportunamente establezca. Para ejercer convenientemente esta segunda función —que es la que de manera fundamental han venido desarrollando los existentes parlamentos— son perfectamente adecuados tanto los métodos de trabajo como la organización interna de las existentes cámaras, como lo es también, aún en mayor medida, su actual estructura basada en el respectivo peso de los partidos, esquema que hasta se me antoja imprescindible a la adecuada gestión de las cuestiones relativas a la gobernación de un país.

No hay duda de que la razón amparaba a los grandes teóricos del siglo XVIII que siempre se mostraron reticentes en cuanto a la influencia que los partidos políticos debieran tener en una cámara verdaderamente dedicada al desarrollo de la labor legislativa. Y es indudable que la actual estructura parlamentaria es, en muchos aspectos, escasamente adecuada al ejercicio de la función legislativa propiamente dicha. Carecen los actuales parlamentarios, en efecto, del sosiego y adecuada predisposición de ánimo que el debido desarrollo de dicha labor requiere.

CAPITULO XVII

Una Constitución ideal

> En materia constitucional y de gobierno conviene siempre conocer lo más perfecto para poder ir aproximando a ese ideal las instituciones existentes, introduciendo, sin embargo, en todo momento, cualquier innovación, de manera tan paulatina que no se cause excesivo trastorno a la sociedad.
>
> *David Hume* *

El equivocado enfoque dado a las instituciones representativas

A la luz de la experiencia desde entonces obtenida, ¿cómo cabe hoy contribuir mejor a que lleguen a materializarse los propósitos que, hace casi doscientos años, inspiraron a los padres de la Constitución americana en sus intentos de levantar a los apuntados efectos un deliberado esquema institucional? Porque, aun cuando los fines perseguidos sigan siendo los mismos, los resultados tanto de aquel gran experimento como de sus numerosas imitaciones encierran para nosotros elocuentes enseñanzas. Sabemos, en efecto, ahora, por qué se vieron defraudadas las esperanzas puestas en la idea de que, a través de aquellos modelos constitucionales, se lograría de manera eficaz limitar la incidencia del poder gubernamental. Creyeron sus autores que, por la vía de la separación de poderes entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial, gobernantes y ciudadanos quedarían en igual medida sometidos a un único

---

* David Hume, *Essays,* Parte II, Essay XVI, «The Idea of a Perfect Commonwealth». (Trad. esp. en *Ensayos políticos,* Unión Editorial, Madrid, 1975).

esquema normativo general. Difícilmente pudieron prever que, al concedérsele también al órgano legislativo la responsabilidad del quehacer gubernamental, la tarea de elaborar las normas de conducta y la de dirigir las específicas cuestiones de gobierno llegarían a confundirse hasta extremos tales que el término *ley* dejaría de hacer únicamente referencia a ese conjunto de normas generales de conducta cuya existencia impide la incidencia de la arbitraria coerción. No llegó a lograrse, por tal motivo, la deseada separación de poderes, surgiendo, por el contrario, en su lugar, en los Estados Unidos, un sistema político en virtud del cual, a menudo en detrimento de la eficacia, el cuidado de las cuestiones de gobierno quedó escindido entre el Ejecutivo y la Asamblea de Representantes, instituciones que, al ser elegidas según principios diferentes y en momentos también dispares, con frecuencia han provocado indudable conflicto de competencias.

Ha quedado ya consignado que la conveniencia de que tanto la función relativa a la elaboración de normas generales de conducta como la relacionada con la gestión de los asuntos de gobierno queden en manos de asambleas representativas en modo alguno implica que una y otra responsabilidad deban coincidir en un mismo organismo. De hecho, a lo largo del desarrollo histórico experimentado por las instituciones representativas, existió una fase previa que quizá sugiera una solución alternativa [1]. El control de la gestión de gobierno se basó

[1] Desde hace mucho tiempo vengo ocupándome de la idea de que resulta necesario proceder a la reforma de las existentes asambleas representativas. Es ésta idea a la que he dedicado diversos trabajos. Creo que abordé por primera vez el tema en una charla titulada «New Nations and the Problem of Power», publicada en *Listener,* número 64, Londres, el 10 de noviembre de 1960. Véase también mi ensayo «Libertad bajo la Ley», en *Orientación Económica,* abril de 1962, Caracas: «Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreihei», *Hundert Jahre Industrie - und Handelskammer zu Dortmund 1863-1963* (Dortmund, 1963); trabajo que vio de nuevo la luz en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 1 y 2 de mayo 1963. Cfr. también mi obra *Freiburger Studien* (Tubinga, 1969); «The Principles of a Liberal Social Order», *Il Politico,* diciembre 1966; *Studies in Philosophy, Politics and Economics* (Londres y Chicago, 1967); «Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie»,

inicialmente, en efecto, en la vigilancia y limitación del volumen total del ingreso público. En Gran Bretaña, en virtud de una evolución histórica iniciada a finales del siglo XIV, esa gestión fiscalizadora fue poco a poco pasando a manos de la Cámara de los Comunes. Y cuando, a finales del siglo XVII, el exclusivo control de la citada Cámara sobre la función recaudatoria recibió el definitivo respaldo de la de los Lores, este último órgano, en su calidad de asamblea suprema, retuvo para sí la tarea de estructurar la *Common Law*. ¿No habría sido lógico que, al concedérsele a la primera de las citadas Cámaras el monopolio de la gestión de gobierno, la segunda hubiera retenido para sí, también de manera exclusiva, la responsabilidad de desarrollar legislativamente el esquema general normativo?

Ello, sin embargo, no fue posible en la medida en que la Cámara Alta siguió representando los concretos intereses de un reducido y privilegiado estamento social. Ahora bien, una división funcional y no clasista de las aludidas competencias podría haber adjudicado a la Cámara de los Comunes la responsabilidad tanto de la gestión pública como de la administración de los medios económicos puestos a disposición del gobierno, quedando, sin embargo, dicha cámara únicamente autorizada a hacer uso de la coerción dentro de los límites establecidos por la normativa general emanada de la de los Lores. Con tales supuestos, la de los Comunes habría podido libremente organizar, como queda dicho, todo lo relativo a la gestión pública. Ahora bien, aunque habría podido dictar cuantas normas hubiera considerado convenientes en orden a orientar

---

Ordo 15/16 (Düsseldorf, 1963); «The Constitution of a Liberal State», *Il Politico* 31, 1967; *The Confusion of Language in Political Thought* (Institute of Economic Affairs, Londres, 1968) y, por último, *Economic Freedom and Representative Government* (Institute of Economic Affairs, Londres, 1973). La mayor parte de los más recientes trabajos en torno a este tema han sido recogidos en mi obra *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas* (Londres y Chicago, 1977). Mis últimas reflexiones a este respecto quedan recogidas en *Three Lectures on Democracy, Justice and Socialism* (Sydney, 1977), obra de la que existen traducciones al alemán, español (*Democracia, Justicia y Socialismo*. Unión Editorial, Madrid, 1977) y portugués.

debidamente la conducta de sus funcionarios, ni ella ni éstos hubieran podido ejercer coacción alguna sobre el ciudadano normal, excepción hecha de aquello que el obligado sometimiento de todos a las normas establecidas o refrendadas por la Cámara Alta pudiera haber exigido. En tales condiciones, hubiera resultado lógico encomendar la solución de los problemas de gobierno a los criterios sustentados por la mayoría, expresada ésta a través de la Cámara Baja. Un gobierno del tipo aludido, sin embargo, en sus relaciones con el ciudadano normal en todo momento hubiese estado sometido a exigencias normativas que no habría podido alterar en beneficio del más eficaz logro de alguna concreta apetencia. La mencionada separación de competencias habría generado poco a poco una clara distinción entre el contenido de las normas generales de conducta y el correspondiente a las directrices establecidas por el gobierno. Pronto se habría advertido la necesidad de recurrir a algún tribunal superior capaz de dirimir los conflictos surgidos entre una y otra de las citadas asambleas representativas, lo que, a su vez, habría dado lugar a una todavía más nítida distinción conceptual entre las normas del Derecho Privado (incluido el Penal) y las del Derecho Público, normas todas ellas que hoy entre sí se confunden bajo el común apelativo de «ley».

La coincidencia de tareas tan diferentes en una única asamblea parlamentaria, por el contrario, ha dotado cada vez de mayor vaguedad a los conceptos de referencia. Hemos visto ya cuán difícil resulta establecer en este aspecto, incluso a nivel del más moderno pensamiento jurídico, las oportunas distinciones. Una satisfactoria solución al problema quizá exija una más profunda comprensión de toda esta temática. Tal ha sido, sin embargo, la mecánica según la cual ha ido avanzando siempre la ciencia jurídica.

Acerca de las ventajas que el hecho de disponer de una Constitución ideal puede proporcionar

Admitido el supuesto de que es posible distinguir nítidamente entre las dos clases de normas que hoy quedan englo-

badas bajo la común denominación de ley, y partiendo siempre de la idea de que se considere que tanto la función legislativa —en el sentido estricto del término— como la gubernamental deben ser abordadas por vías democráticas, es posible establecer con mayor precisión aún la distinción que nos ocupa, procediendo a describir con cierto detalle algún esquema constitucional que garantice una verdadera separación de poderes entre las aludidas instituciones representativas. Al presentar las propuestas que subsiguen no es mi propósito establecer un esquema constitucional que deba ser aplicado a la realidad presente. No intento sugerir que países que hoy disponen de una firme tradición constitucional deban sustituir sus esquemas de gobierno por otros más compatibles con el modelo aquí propuesto. Ahora bien, dejando aparte el hecho de que los principios generales a los que en las páginas anteriores hemos hecho referencia han de quedar sin duda mejor definidos si intentamos teóricamente describir una Constitución que sea capaz de encarnarlos, en mi opinión, otras dos razones justifican tal esfuerzo.

Pocos son los países, en primer lugar, que han tenido la suerte de disponer de una enraizada tradición constitucional. Excepción hecha del mundo de habla inglesa, es probable que sólo Suiza y alguna pequeña nación de la Europa septentrional puedan legítimamente presumir de tal condición. La mayor parte de las restantes comunidades nacionales no han logrado nunca mantener vigente por suficiente espacio de tiempo un sistema contitucional como para que el mismo haya podido verdaderamente arraigar en el espíritu de las gentes. Muchos, incluso, carecen de ese conjunto de hábitos y opiniones que, en pueblos más afortunados, han permitido el correcto funcionamiento de esquemas constitucionales que quizá nunca tomaron forma explícita y que en ciertos casos ni siquiera llegaron a adoptar forma escrita. Todo esto es aún más cierto de esas nuevas naciones que, carentes de hábitos y tradiciones que ni remotamente cabe asimilar a esos otros cuya existencia el ideal del Estado de Derecho presupone, han procedido a adoptar, sin embargo, el modelo democrático.

Para que esas adecuaciones constitucionales no aboquen al

fracaso, es necesario que muchos de los supuestos que, por haber sido tácitamente admitidos en el mundo occidental, han impedido el abuso del poder queden incorporados a los esquemas constitucionales de esas nuevas democracias. El que el éxito hasta ahora no haya coronado la mayor parte de los intentos encaminados a introducir en esos otros países los métodos democráticos no implica que ello no sea viable; pone simplemente de manifiesto que los buenos resultados logrados por las instituciones que durante cierto tiempo funcionaron aceptablemente en Occidente presuponen la aceptación de unos principios que allí gozaron de general respaldo, principios que, sin embargo, deben formar parte de los correspondientes textos constitucionales en aquellos casos en los que no disponen de general aceptación. Nada nos autoriza a suponer que las específicas formas democráticas que entre nosotros han funcionado satisfactoriamente tengan necesariamente que producir análogos resultados positivos en otros contextos sociales. La experiencia, por el contrario, más bien parece negar el citado supuesto. Sobradas razones aconsejan, por lo tanto, que procedamos a indagar acerca de cómo se puede más adecuadamente incluir en los correspondientes textos constitucionales aquellos conceptos cuya validez presuponen las instituciones representativas occidentales.

Los principios de referencia tienen también importancia fundamental en lo que se refiere a los intentos que hoy se realizan en orden a crear nuevas instituciones de ámbito supranacional. Aunque adquiera cada vez más extendida aceptación la idea de que, en los momentos actuales, resulta posible estructurar un orden jurídico internacional, es dudoso que quepa o convenga abordar la creación de órganos de gobierno de carácter supranacional cuyo papel exceda la simple prestación de determinados servicios concretos. Si algo debiera a todos resultar evidente es que, para que el éxito llegue a coronar el aludido esfuerzo y las nuevas instituciones supranacionales puedan llegar a sernos de alguna utilidad, esa superior autoridad quizá deba por el momento limitar sus esfuerzos a impedir que las naciones entre sí se causen daño, inhibiéndose de todo intento de exigir que los correspondientes gobiernos asuman concretos

comportamientos. Mucha de la resistencia que comprensiblemente levanta hoy entre las gentes la idea de que hayan de quedar sometidos al dictado de una organización internacional desaparecería en la medida en que se tuviera la seguridad de que las normas emanadas de esa nueva autoridad estarían en todo momento limitadas al objetivo de impedir que tanto los Estados miembros como sus ciudadanos asumiesen determinados tipos de lesivo comportamiento. A tal objeto, sin embargo, será necesario arbitrar algún método que permita separar eficazmente las funciones legislativas —en el sentido que al término atribuían quienes creyeron en el principio de la separación de poderes— de aquellas otras que únicamente hacen referencia a la gestión de la cosa pública.

Principios básicos

La cláusula crucial de nuestra constitución ideal establecería que, excepción hecha de la incidencia de circunstancias anormales —que deberían desde luego quedar claramente establecidas—, el ciudadano sólo se vería obligado a hacer algo en la medida en que así lo especificara alguna norma que, además de ser general, estuviera orientada a garantizar la inviolabilidad de las correspondientes esferas individuales. Sería también condición fundamental que el esquema normativo así establecido sólo pudiera ser modificado por esa asamblea que venimos denominando legislativa. Esta institución, a su vez, normalmente, sólo estaría autorizada a actuar en la medida en que, dando prueba de la rectitud de sus intenciones, se aviniese a establecer sólo normas de carácter general aplicables a un indeterminado número de casos futuros y a renunciar a toda jurisdicción sobre cualquier concreta aplicación de las mismas. Comprendería asimismo la cláusula básica una adecuada definición de lo que debiera ser considerado ley en el estricto sentido al que alude el concepto de *nomos,* al objeto de que algún tribunal pudiera decidir acerca de si, en cada concreta decisión de la asamblea legislativa, concurrirían o no las aludidas características.

Tal definición, sin embargo, como ha quedado ya señalado, no podría basarse sólo en criterios de carácter lógico. Sería necesario también que las normas de referencia, sin apuntar al logro de finalidad concreta alguna, fueran susceptibles de aplicación a un número indeterminado de casos futuros en los que habrían de concurrir circunstancias hoy ignoradas, facilitándose así la estructuración y conservación de un orden abstracto cuyo contenido también resultaría imprevisible. Quedaría asimismo excluida la posibilidad de establecer cualquier disposición legal que afectara sólo a concretos e identificables individuos o grupos. Y debería, finalmente, quedar también especificada la condición de que, aun cuando la evolución de las existentes normas de conducta fuera competencia exclusiva de la asamblea legislativa, el contenido básico de las mismas debería en todo momento reflejar, no sólo las disposiciones dictadas por pretéritas legislaturas, sino también aquellos otros criterios que, aunque todavía no estuvieran plenamente articulados, se encontraran ya implícitamente contenidos en el espíritu de pretéritas decisiones, siendo en todo momento misión de los tribunales la articulación de los mismos.

Mediante la aludida cláusula maestra, claro está, no se intentaría concretar cuáles deberían ser las específicas funciones del gobierno; pretenderíase únicamente limitar su poder coercitivo. Y aunque, a su amparo, se establecieran restricciones en relación con los medios que el poder público podría lícitamente utilizar para asegurar la satisfacción de algunas de las necesidades ciudadanas, no se fijaría límite alguno al contenido de los correspondientes servicios. Volveremos a ocuparnos de estos temas cuando abordemos el estudio de las funciones que a esa segunda institución representativa que denominamos asamblea gubernamental deben corresponder.

Un esquema como el apuntado garantizaría al ciudadano medio un grado de autonomía muy superior al que las tradicionales «Tablas de Derechos» le han otorgado hasta ahora, por lo que resultaría innecesario hacer referencia a un conjunto de derechos fundamentales. Resultará más evidente cuanto queda consignado en la medida en que se reflexione en torno al hecho de que ninguno de los tradicionales derechos (los que hacen

referencia, por ejemplo, a la libertad de expresión, información, religión, reunión, o a la inviolabilidad del hogar o de la correspondencia) pueden ser absolutos. Obligadamente están siempre los mismos supeditados a aquellos extremos que la normativa jurídica de carácter general establezca. No cabe interpretar que la libertad de expresión, por ejemplo, autorice a nadie a difamar, engañar, incitar al crimen o a provocar el pánico por vía de la difusión de una falsa alarma. Los derechos de referencia siempre han de quedar sometidos a «lo que la ley disponga». Ahora bien, frente al «poder legislativo» estas salvaguardias serán siempre totalmente inefectivas, a no ser que por ley se entienda, no cualquier decisión adoptada por la correspondiente cámara, sino únicamente aquellas que constituyan ley en el específico sentido al que aquí se ha hecho constante referencia.

Ni los derechos fundamentales que tradicionalmente han integrado las «Tablas de Derechos» son los únicos que, en aras de la libertad, merecen protección, ni cabe enumerar de modo exhaustivo el conjunto de derechos cuyo respeto permita garantizar la libertad individual. Aunque, como ya se ha dicho, carece de fundamento todo intento de ampliar el concepto de derecho a aquellos otros que hoy reciben el calificativo de económicos y sociales (véase a este respecto lo consignado en el apéndice al capítulo IX), la libertad individual puede ser ejercida de otras muchas maneras sin duda tan merecedoras de protección como aquellas que mediante las existentes Declaraciones de Derechos Humanos se ha pretendido hasta ahora salvaguardar. Las citadas enumeraciones suelen hacer referencia a derechos cuya salvaguardia, en concretos contextos históricos, llegó a ser considerada imprescindible para el buen funcionamiento de la democracia. Ahora bien, la especial protección otorgada a tales específicos derechos encierra el peligro de que, en relación con otras materias, el gobierno pueda considerarse autorizado a hacer uso arbitrario de la coerción.

Las apuntadas razones contribuyen a ilustrar por qué los padres de la Constitución norteamericana se negaron a establecer una «Tabla de Derechos»; y por qué cuando, finalmente, tal documento fue redactado, se dispuso, a través de la excesivamente olvidada Novena Enmienda, que «la enumeración

de ciertos derechos constitucionales nunca debe ser interpretada como denegación o menoscabo de aquellos otros que también al pueblo corresponden». La enumeración de una serie de derechos que se entiende deben quedar a salvo de violación «excepto en lo que la ley establezca» puede inducir a algunos a suponer que, libre de toda norma, el legislador quede autorizado a restringir, en otros aspectos, la libertad individual. La extensión del término ley a cualquier tipo de medida legislativa ha eliminado posteriormente incluso esa salvedad. Lo cierto es, sin embargo, que la Constitución sólo pretende impedir que el legislador pueda arbitrariamente restringir la libertad individual. Por ello, como ha puesto de relieve un distinguido jurista helvético [2], la evolución técnica puede dar lugar a que, en el futuro, resulte necesario salvaguardar libertades que quizá sean igual o más importantes que aquellas otras que tradicionalmente los derechos fundamentales han intentado proteger.

A través de estos últimos no se pretende garantizar otra cosa que la libertad individual, interpretada ésta como ausencia de arbitraria coerción. A la coacción, a tales efectos, sólo se debe recurrir para exigir la sumisión de todos a las normas generales orientadas a asegurar la integridad de las correspondientes esferas de autonomía individual o bien para arbitrar los medios exigidos por la prestación, por parte del gobierno, de un conjunto de específicos servicios. Puesto que todo ello implica que al individuo sólo deben estarle prohibidos aquellos comportamientos que impliquen violación de las esferas autonómicas de sus semejantes, el ciudadano deberá libremente poder asumir cuantos comportamientos afecten sólo a su propia esfera personal, o bien a las correspondientes a aquellas otras personas que, de manera responsable, a ello hayan dado su libre consentimiento. El individuo podrá disfrutar, por tales vías, del mayor grado de libertad que cualquier orden político pueda proporcionarle. Cuestión distinta —a la que más adelante dedicaremos nuestra atención— es si esa libertad debe quedar transitoriamente suspendida cuando las instituciones destina-

[2] Z. GIACOMMETTI, *Der Freiheitskatalog als Kodifikation der Freiheit* (Zurich, 1955).

das a garantizarla se vean amenazadas o bien cuando así lo exija la eliminación de cualquier otro peligro que de manera fundamental amenace a la sociedad y que sólo pueda ser conjurado a través de la puesta en marcha de algún esfuerzo colectivo.

Las diferentes funciones que a las dos asambleas representativas deben corresponder

La idea de que el dictado de las normas de conducta de carácter general debe quedar confiado a una asamblea representativa capaz de operar con independencia del órgano gubernamental tiene sus antecedentes históricos. Algo semejante pretendieron seguramente los habitantes de Atenas cuando decidieron conferir a los *nomothetae* —un cuerpo parlamentario independiente— la exclusiva potestad de alterar el contenido del *nomos* [3]. Dado que el citado vocablo es prácticamente el único que ha logrado conservar su prístino significado, que hace alusión al «conjunto de normas generales de conducta»; y dado que el término *nomothetae* surgió de nuevo en un parecido contexto en la Inglaterra del siglo XVII [4] (y a él hiciera referencia también J. S. Mill) [5], resulta justificado su empleo para denominar ese órgano asambleario que, dotado de potestades meramente legislativas, fue lo que pretendieron plasmar tanto los partidarios de la separación de poderes como los teóricos del Estado de Derecho. Sólo así lograremos distinguirla de este segundo órgano de gobierno que denominamos asamblea gubernamental.

Es evidente, sin embargo, que una asamblea legislativa independiente sólo podrá controlar eficazmente las decisiones adoptadas por la gubernamental en la medida en que su composición difiera de la de ésta. Ello exige que sus miembros sean

[3] Cf. A. R. W. Harris, «Law Making at Athens at the End of the Fifth Century B. C.», *Journal of Hellenic Studies*, 1955, así como las referencias allí consignadas.

[4] E. G. Philip Hunton, *A Treatise on Monarchy* (Londres, 1943), pág. 5.

[5] J. S. Mill, *Considerations on Representative Government* (Londres, 1861), cap. 5.

elegidos según alguna alternativa mecánica electoral y que lo sean por períodos de tiempo diferentes. Si la composición de esas dos asambleas reflejara una similar incidencia relativa de cada uno de los grupos sociales implicados (y especialmente de los correspondientes partidos políticos), es evidente que el órgano legislativo se limitará a establecer aquellas leyes que el poder gubernamental juzgue que en mayor medida contribuyen al logro de sus particulares pretensiones, con lo que todo sucedería como si de una sola asamblea se tratara.

La diversidad de las tareas que a cada una de ellas corresponde aconseja también que cada asamblea recoja, en diferentes aspectos, los criterios sustentados por el cuerpo electoral. Por lo que se refiere a las cuestiones de gobierno, parece deseable que se intente recoger el conjunto de concretas pretensiones compartidas por los ciudadanos en materia relativa al logro de ciertos objetivos concretos. En este aspecto debe concederse prioridad, por lo tanto, a los diferentes intereses en juego. En lo que atañe a la función de gobierno, por otra parte, lo que se precisa es estructurar una mayoría que, comprometida al logro de un determinado programa, sea «capaz de gobernar». La auténtica tarea legislativa, por el contrario, exige que, dejando al margen los concretos intereses de las distintas personas o grupos involucrados, se intente recoger la opinión general en cuanto a cuáles sean en cada momento los tipos de comportamiento que procede considerar aceptables o rechazables. No debe tal órgano ser cauce propiciador de un conjunto de particulares intereses, sino fuente de orientación reveladora de cuál sea la normativa que deba prevalecer, cualquiera que sea la repercusión que circunstancialmente pueda tener sobre ciertos individuos o grupos. Es lo más probable que, según se trate de asegurar el logro de los particulares intereses o garantizar el respeto a la justicia, las gentes elijan como portavoces a personas diferentes. La eficaz realización de la primera de las citadas tareas requiere, en efecto, cualidades que ninguna relación tienen con la integridad, prudencia y capacidad de discernimiento que tradicionalmente han sido exigidas de quienes deben ocuparse de la segunda de las mencionadas responsabilidades.

El sistema de periódica renovación de la totalidad de los miembros de la asamblea es adecuado porque induce a los representantes a ser más sensibles a la evolución de la opinión del electorado, obligándoles también a ingresar en los correspondientes partidos políticos, con los que quedan comprometidos en la defensa de intereses y programas concretos, ya que sólo sometiéndose a la disciplina de los partidos puede el representante político contar con su apoyo.

No es razonable esperar que en los miembros de una asamblea parlamentaria sensibilizada a la idea de que deben velar por los intereses de sus electores vayan a coincidir las cualidades humanas que los teóricos de la democracia atribuían a quienes debieran representar una muestra fidedigna de la opinión popular. Tal realidad, sin embargo, en modo alguno implica que, en la medida en que se solicite de las masas la elección de representantes a quienes les esté vedada la posibilidad de otorgar concretos favores o prebendas, no vayan aquéllas a ser capaces de seleccionar a hombres cuyo buen criterio merezca su confianza, sobre todo si la elección se realiza entre personas que, en el desarrollo del cotidiano quehacer, hayan alcanzado una buena reputación.

Parece, pues, conveniente encomendar la labor legislativa propiamente dicha a una asamblea de hombres y mujeres elegidos para la función pública a una edad relativamente madura y por un período de tiempo suficientemente dilatado, quince años por ejemplo. Lograríase con ello que las personas elegidas no tuvieran necesidad de preocuparse por su reelección. Para mantener a estos hombres y mujeres inmunes por completo a la influencia de los partidos, además de no ser reelegibles, no deberían tampoco verse en la necesidad, finalizado su mandato, de ganarse su sustento, lo que cabría conseguir haciendo que, finalizada su labor legislativa, se les asignara un cargo honorífico similar al que en la actualidad representan los *lay judges* norteamericanos. De tal manera, repetimos, durante el período legislativo, no se verían los elegidos obligados a solicitar el apoyo de los partidos, ni tendrían tampoco por qué preocuparse de los aspectos materiales de su futuro. Para garantizar el más adecuado logro de los objetivos apuntados sólo deberían ser

elegibles para la cámara legislativa quienes en su vida privada hubiesen puesto suficientemente de relieve su nivel de competencia. Para evitar, sin embargo, que la asamblea se convirtiese en un sanedrín de ancianos, y atendiendo la voz de la experiencia, que apunta que nadie mejor que nuestros propios contemporáneos es capaz de juzgar nuestro comportamiento, cada grupo de coetáneos elegirían por una sola vez a lo largo de sus vida (por ejemplo, cuando todos alcanzasen la edad de 45 años), entre los de su propia generación, a aquellos a quienes correspondería la responsabilidad de ocupar durante los quince años siguientes un escaño en la asamblea legislativa.

Quedaría establecido un cuerpo legislativo compuesto por hombres y mujeres comprendidos entre las edades de cuarenta y cinco y sesenta años, órgano que sería anualmente renovado en una quinceava parte. El colectivo de tal manera establecido representaría a un sector de la población integrado por gentes de cierta experiencia, a quienes, sin embargo, correspondería vivir todavía los mejores años de su vida. Conviene subrayar que, aunque en la apuntada asamblea no estarían representados los ciudadanos de menos de cuarenta y cinco años, la edad media de sus miembros sería de cincuenta y dos y medio, cifra inferior desde luego a la medida que a las asambleas actuales corresponde; y ello incluso en el supuesto de que la proporción de gentes de mayor edad se mantuviese constante porque sin demora se sustituyese a quienes dejaran sus puestos vacantes por muerte o enfermedad, lo que, en condiciones normales, seguramente no sería necesario, dado que sólo redundaría en un incremento de la influencia de gentes con menor experiencia en el ejercicio de la labor legislativa.

Adicionales salvaguardias garantizarían la total independencia de este colectivo de *nomothetae* frente a los intereses de grupo. Quienes hubiesen formado parte de la asamblea gubernamental o militado en algún partido político podrían, a tales efectos, ser considerados no elegibles para el desempeño de la función legislativa; y aunque muchos de los miembros de la asamblea siguieran manteniendo contacto con uno u otro partido, escasos serían los alicientes que podrían inducirles a someterse a las correspondientes jerarquías.

Los miembros de la asamblea legislativa sólo podrían ser apartados de sus cargos en el supuesto de flagrante negligencia. Tal decisión dependería siempre de sus propios compañeros, actuales o pretéritos, aplicándose al efecto principios similares a los utilizados hoy a nivel de la magistratura judicial. La concesión, terminado su mandato, y hasta su jubilación retribuida a los sesenta o setenta años, de un puesto digno (cual pudiera ser el de miembro auxiliar de los tribunales), contribuiría también a reforzar fundamentalmente su independencia. El correspondiente nivel retributivo podría quedar equiparado constitucionalmente a determinado porcentaje del ingreso medio percibido, por ejemplo, por los veinte mejor remunerados puestos del escalafón público.

Seguramente, dentro de cada grupo de edad el acceso al cargo legislativo llegaría por tales vías a ser considerado como una especie de puesto de honor sólo accesible a quienes en mayor medida fueran considerados por sus semejantes dignos de respeto. El reducido número de integrantes de la asamblea legislativa haría que anualmente fueran pocos quienes de hecho accederían a tales cargos.

Por ello, quizá resultara aconsejable recurrir a un sistema indirecto de elección, es decir, a que únicamente a través de los correspondientes delegados regionales se pudiera elegir a los nuevos representantes. Sería éste un factor más que, sin duda, también contribuiría a que cada distrito electoral eligiese únicamente a gentes con las mayores posibilidades de ser elegidas en la segunda vuelta.

Puede pensarse quizá, a primera vista, que esta asamblea, dotada de potestades meramente legislativas, no tendría excesivo trabajo. El desarrollo de las tareas hasta ahora a ella encomendadas (la constante revisión del contenido del Derecho Civil, en cuyo ámbito procede incluir el Mercantil y el Penal) exigiría, desde luego, únicamente un intermitente esfuerzo por parte del legislador. Difícilmente podría tal labor proporcionar suficiente nivel de ocupación a un grupo de personas dotadas de tan excepcionales cualidades. Esta primera impresión resulta, sin embargo, engañosa. Aunque en aras de una mayor claridad expositiva sólo hayamos hecho hasta ahora referencia a

las cuestiones relacionadas con los Derechos Civil y Penal, no debe olvidarse que correspondería también a esta cámara la responsabilidad de sancionar la introducción de cualquier otra norma general de conducta. Aunque a lo largo de este ensayo apenas se haya abordado el examen de estos otros aspectos del esfuerzo normativo, ha quedado repetidamente señalado que un esquema de la apuntada especie debe incluir también, aparte de toda la temática fiscal, todo ese otro conjunto de preceptos que hace referencia a la seguridad en el trabajo, a cuestiones sanitarias, a las normas de calidad aplicables a las industrias manufactureras o de la construcción, etc., reglas todas ellas que, bajo la forma de una normativa general, conviene imponer en beneficio de la colectividad. Además de las normas relativas a la seguridad en el trabajo, comprende este último tipo de regulación también cuantas cuestiones atañen a los difíciles problemas relativos a la creación de un marco de relaciones que adecuadamente garanticen la defensa de la competencia, así como cuanto integra la legislación mercantil, temas a los que, en el capítulo precedente, hemos hecho debida referencia.

Hasta ahora, el órgano legislativo se ha visto obligado a delegar el tratamiento de todas estas materias en otras instituciones, al no disponer de tiempo para prestar debida atención a todo el conjunto de problemas técnicos que normalmente se hallan implicados, con lo que han pasado a depender de un conjunto de departamentos burocráticos u otro tipo de organizaciones especialmente establecidas al efecto. Cabe preguntarse si una cámara legislativa que se encuentre presionada por los acuciantes problemas que a diario plantea la tarea de gobernar puede realmente dedicar la necesaria atención a todas estas materias, que no son de índole meramente administrativa, sino de carácter estrictamente legal. Al quedar la decisión de las mismas en manos de los estamentos burocráticos, ábreseles a éstos la posibilidad de asumir potestades de tipo discrecional y arbitrario. Ninguna razón intrínseca se opone a que, cual acontecía en Gran Bretaña antes de 1941, las aludidas materias sean reguladas sobre la base de una normativa general. En vez de resignarnos a aceptar el personal criterio de un conjunto de funcionarios ávidos de poder, sería mucho más aconsejable que

todos estos problemas quedaran encomendados al órgano legislativo. Gran parte del actual incontrolable nivel de poder burocrático deriva, sin duda, de las sucesivas delegaciones de poder acordadas por las cámaras legislativas.

Aunque el problema relativo a si la asamblea legislativa llegaría o no a carecer de un suficiente nivel de ocupación no es cuestión que personalmente me preocupe en exceso, quiero añadir que, en mi opinión, constituiría incluso factor positivo el que un seleccionado grupo de hombres y mujeres dispusiera de sosiego para reflexionar desapasionadamente sobre las cuestiones relativas al gobierno del país durante algún período de su vida; que, libres de la necesidad de resolver tarea coyuntural alguna, pudieran dichas personas ocuparse de la promoción de cualquier finalidad que consideraran meritoria. La existencia de gentes que, a nivel público, dispusieran del necesario tiempo libre para expresar criterios y desarrollar nuevas iniciativas garantizaría que, en el ámbito social, fueran surgiendo los nuevos ideales. No fue otra la función en el pasado cubierta por quienes gozaban de una cierta independencia económica. Estimo, sin embargo, que aunque la aludida necesidad justifica la existencia de estos seres ociosos, no parece razonable que las correspondientes oportunidades sean únicamente reservadas a los más pudientes. Si quienes han recibido de sus contemporáneos la mayor muestra posible de confianza pudiesen dedicar buena parte de su vida a la potenciación de los fines que personalmente juzgaran más meritorios, seguramente lograrían contribuir a la creación y desarrollo de ese «sector voluntario» que tan eficazmente evita que el gobierno reúna un excesivo poder. Por todo ello, aunque ser miembro de una legislatura no implicara gran carga de trabajo, dicha posición debería estar siempre adornada de la mayor dignidad social, a fin de que, en ciertos aspectos, los miembros del aludido órgano democrático pudieran desempeñar ese papel de *honoratiores* (para utilizar la expresión introducida por Max Weber), figuras que, incorporadas a la vida pública y sin compromiso alguno con cualquier partido, desarrollarían un papel destacado en lo referente a ese conjunto de voluntarias iniciativas.

Para volver de nuevo al análisis de la función que funda-

mentalmente correspondería a los *nomothetae,* cabe pensar que quizá no fuera su insuficiente nivel de ocupación lo que debería preocuparnos, sino la falta de incentivo para que los interesados cumplimentaran debidamente las correspondientes tareas. Cabe incluso plantearse la posibilidad de si su misma independencia pudiera constituir factor que los inclinase hacia la excesiva holganza. No parece, desde luego, probable que personas de tan altas virtudes y cuya destacada posición derivaría de su buena reputación, una vez elegidas de manera prácticamente inamovible para la función pública por un período de quince años, fueran a descuidar de manera notable el cumplimiento de su deber. Ello no obstante, cabe tomar precauciones contra tal eventualidad, adoptando al efecto fórmulas similares a las hoy aplicadas a la profesión judicial. Aunque los miembros de la asamblea legislativa deberían siempre quedar a salvo de injerencias por parte de los estamentos gubernamentales, su comportamiento podría ser supervisado por un Senado integrado por ex-miembros del órgano legislativo dotados de facultades para separar de sus cargos a quienes de manera evidente hubieran descuidado el cumplimiento de sus deberes. Correspondería a ese mismo colectivo la responsabilidad de asignar destino burocrático a aquellos miembros que, por edad, hubieran de abandonar reglamentariamente su escaño, destinos que cubrirían una amplia gama de funciones que incluirían desde la Presidencia del Tribunal Constitucional hasta el simple asesoramiento de los órganos judiciales de inferior jurisdicción.

Debería nuestra hipotética Constitución contener también adecuadas salvaguardias contra la posibilidad de que la asamblea legislativa se negase a desarrollar las labores a ella encomendadas. A tal efecto, debería quedar constitucionalmente establecido que, aun cuando correspondiera exclusivamente a dicha asamblea la facultad de dictar las normas generales de conducta, tal función podría temporalmente recaer de nuevo en el ámbito de la asamblea gubernamental, si la primera de dichas instituciones no respondiera, en plazo razonable, a la petición de la otra cámara en el sentido de que se procediese a legislar en torno a cualquier concreta materia.

Algo más sobre la representación por grupos de edad

Aunque en cuanto al contenido de este ensayo importa fundamentalmente examinar el principio general implicado en el modelo constitucional sugerido, el método de representación por grupos de edad propuesto para la asamblea legislativa ofrece tan elevado número de posibilidades en relación al desarrollo de las instituciones democráticas que entiendo conviene prestar al tema mayor atención. El que los miembros de cada grupo de edad tuvieran conciencia de que algún día recaería sobre ellos la trascendental tarea de legislar seguramente les induciría a formar asociaciones locales integradas por gentes de la misma edad. Habida cuenta de las ventajas que ello reportaría en cuanto a facilitar una más adecuada preparación de los candidatos, la mencionada tendencia debería merecer incluso el apoyo del gobierno, por lo menos en cuanto a proporcionarles adecuados lugares de reunión, así como los medios materiales que les permitieran mantener contacto con grupos similares situados en otras regiones del país. La existencia de una sola asociación oficialmente respaldada en cada localidad contribuiría, por otra parte, a evitar la influencia en ellas de los diferentes credos políticos.

Podrían las mismas ser organizadas al finalizar los ciudadanos su período de formación elemental, o bien cuando, a los dieciocho años, pudieran legalmente acceder a la vida pública. El esquema sugerido resultaría seguramente más atractivo si se permitiera que a los varones de cada grupo de edad se incorporaran mujeres un par de años más jóvenes, extremo que sin discriminación cabría materializar permitiendo que varones y hembras libremente pudieran elegir entre ingresar en una asociación en proceso de formación o en alguna de las establecidas dos o tres años atrás. Es lo más probable que los varones prefirieran, en general, incorporarse a asociaciones en proceso de formación, mientras que las mujeres seguramente optarían por adscribirse a alguna de las ya existentes. Por supuesto que quien optase por su incorporación a un colectivo de superior edad quedaría indisolublemente unido al mismo, por lo que inter-

vendría en el proceso electoral y sería elegible delegado o representante con anterioridad a la fecha que normalmente le hubiese correspondido por su edad.

Al integrar de tal manera a contemporáneos de diversos estamentos sociales —gentes que, hoy dispersas, en el pasado compartieron los mismos centros de educación (y quizá también el mismo período de entrenamiento militar)—, estas agrupaciones lograrían establecer lazos verdaderamente democráticos que, salvando las distancias sociales, en todos incentivarían el interés por las instituciones públicas y formarían en el adecuado uso del método parlamentario. Constituirían las mismas, asimismo, vehículo de expresión para las posiblemente discrepantes opiniones de quienes todavía no estuvieran representados en la asamblea legislativa. Y si, ocasionalmente, dichas agrupaciones se transformaran en tribunas donde los partidos políticos pudieran debatir sus diversas opciones políticas, obtendríase, como supletoria ventaja, el que los partidarios de una y otra inclinación se vieran obligados a debatir entre sí los más fundamentales problemas involucrados, con lo que cobrarían todos conciencia de su futura responsabilidad como vehículos de expresión de los puntos de vista de su propia generación, al tiempo que se prepararían para el adecuado ejercicio de la función pública.

Sería también aconsejable que los miembros de las citadas asociaciones quedaran autorizados a participar como observadores en las actividades desarrolladas por similares grupos en otras zonas del país, y si tales reuniones se celebrasen de manera regular y tuvieran lugar en fechas y lugares determinados (cual sucede hoy con las reuniones organizadas por los clubs de rotarios y otras asociaciones similares), podrían llegar a ser las mismas nexo importante entre las diversas zonas. En otros muchos aspectos, por último, se convertirían en adecuado medio de interconexión social, especialmente en lo que respecta al entorno urbano, con lo que contribuirían también a reducir las diferencias de tipo ocupacional o estamentario.

El rotativo desempeño de la presidencia de las aludidas asociaciones depararía a sus miembros la oportunidad de evaluar las cualidades personales de los candidatos a delegado o

representante. Por esta vía, sus conocimientos personales alcanzarían incluso a quienes compitiesen en las votaciones secundarias, en el supuesto de que se recurriese a dicho sistema de elección indirecta. Quienes finalmente resultasen designados delegados podrían, a partir de tal momento, actuar no sólo como presidentes de las agrupaciones de referencia, sino también como portavoces oficiales de las mismas, con lo que se convertirían en una especie de «ombudsmen» honorarios que velarían por la defensa de los intereses de su grupo de edad, lo que induciría a todos a poner aún mayor cuidado en la selección de candidatos verdaderamente merecedores del nivel de confianza en ellos depositado.

Aunque, una vez designados los correspondientes representantes, las tareas que a estas asociaciones correspondería desarrollar serían prácticamente nulas, podrían subsistir como centros de interconexión social. Cabría también recurrir a ellas para la parcial o total renovación de los miembros de la asamblea legislativa cuando, por fallecimiento o incapacidad de alguno de ellos, su número disminuyera por debajo de lo establecido, con lo que cada uno de los grupos de edad en la sociedad integrados estaría en todo momento debidamente representado.

La asamblea gubernamental

Poca atención será necesario dedicar al examen de la segunda de las asambleas antes aludidas —la que denominamos gubernamental—, puesto que, por lo que a ella respecta, pueden servirnos de referencia los actuales cuerpos parlamentarios cuya estructura fundamentalmente deriva de la específica necesidad de garantizar el adecuado desarrollo de la función de gobierno. Ninguna razón desaconseja que su composición dependa de la periódica reelección de la totalidad de los diputados [6]; o que sus decisiones fundamentales se produzcan en el

---

[6] Mientras que en lo que se refiere a la función legislativa, la estructuración de la Cámara según la línea de los partidos es algo totalmente rechazable, en lo que respecta al cuidado de la función de gobierno es evidentemente deseable que se opere sobre la base del bipartidismo.

ámbito de un comité ejecutivo que actúe en nombre de la mayoría. Dicho comité sería el «órgano de gobierno» propiamente dicho, quedando su actuación sometida al control y crítica de la oposición que, en todo momento, podría sugerir alguna solución alternativa. En cuanto a los diversos problemas relativos a la mecánica electoral, duración del mandato y otros similares, son a los mismos aplicables argumentos parecidos a los hoy bien conocidos, por lo que no parece necesario que, en el contexto actual, debamos ocuparnos más extensamente de tales temas. En el esquema contemplado, debería otorgarse mayor peso a la conveniencia de disponer de una mayoría capaz de gobernar que a que la cámara recogiera fidedignamente la influencia de los diferentes intereses en juego. A mi modo de ver, tal realidad debe inclinar aún más la balanza en desfavor de la representación proporcional.

La única diferencia fundamental a destacar entre la asamblea gubernamental contemplada por nuestro modelo institucional y los actuales órganos parlamentarios haría referencia al hecho de que, en nuestro supuesto, cualquier decisión quedaría sometida en todo momento a lo dispuesto por las normas de conducta establecidas por la asamblea legislativa, sin que, a este respecto, el gobierno pudiera obligar al ciudadano a hacer nada que no quedara enmarcado en dicho esquema normativo. Ahora bien, dentro de los límites aludidos, dispondría éste de plena libertad para desarrollar la gestión pública, así como para decidir sobre la orientación que conviniera dar al empleo de los recursos materiales y humanos que a su control estuvieran sometidos.

Quizá fuera conveniente plantearse de nuevo la cuestión de si, en relación con la elección de los miembros de la asamblea gubernamental, no sería aún fundadamente aconsejable que —según reza un viejo principio político— se apartase del citado

Nada justifica, en uno u otro caso, la apelación a la representación proporcional. Un ensayo que, dada la fecha de su publicación, no ha recibido todavía la atención que verdaderamente merece recoge los argumentos más fundamentales que contra la aludida modalidad electoral se han esgrimido. Véase F. A. HERMENS, *Democracy or Anarchy* (Notre Dame, Ind., 1941).

proceso a cuantas personas ostentaran cargo público o fuesen destinatarias de algún tipo de ayuda o prestación por parte del gobierno. Tal exclusión no estaría, desde luego, justificada en el caso de una asamblea representativa sólo dedicada a establecer las oportunas normas de comportamiento, puesto que el funcionario o pensionista pueden, sin duda, como cualquier otro ciudadano, tener formada opinión acerca de lo que, en el ámbito social, sea justo o injusto. No parece justificado, por otra parte, pretender negar a dichas personas un derecho, sin embargo, reconocido a gentes menos informadas o preparadas. Ahora bien, la cuestión es totalmente diferente cuando lo que la asamblea pretende plasmar no es una opinión acerca de lo que es justo, sino el logro de algún concreto resultado, supuesto bajo el cual no parece lógico que la labor de materializar la correspondiente política de gobierno quede encomendada a quienes, sin contribuir al correspondiente gasto, reciban del sector público alguna ayuda, al igual que no lo sería el que dichas personas gozaran de derechos similares a los restantes ciudadanos. Que el funcionario, el receptor de haberes pasivos o el parado puedan, por la vía electoral, decidir acerca de cuáles hayan de ser las cantidades que, del bolsillo ajeno, deban serles entregadas, así como que el político pueda cortejar el voto de dichos electores asumiendo el compromiso de incrementar por la vía política los sueldos o subsidios a ellos destinados, no parecen, desde luego, posturas razonables. Como no lo sería el que el empleado público pudiera opinar en cuanto a la conveniencia de llevar adelante proyectos que él mismo hubiera elaborado; o que quienes se hallen sujetos a las órdenes de la asamblea gubernamental puedan participar en las decisiones que establezcan el contenido de las mismas.

Aunque en todo momento desarrollara el gobierno su actividad dentro del marco de una normativa legal que no estuviera en su mano alterar, no por ello dejaría de tener un importante papel. Porque, aunque no le estuviera permitido discriminar en cuanto a la prestación de aquellos servicios de cuya materialización se le hubiera hecho responsable, la selección de los mismos y la mecánica según la cual deberían ser facilitados a la sociedad seguirían otorgándole una considerable cuota de

poder que sólo tendría por límite la exclusión del empleo de la coerción o de cualquier otro tipo de discriminatorio trato con relación al ciudadano. Y aunque, en cuanto a la mecánica recaudatoria, el gobierno se vería obligado a mantenerse siempre dentro de determinados límites, sólo de manera indirecta quedarían afectados tanto el volumen total de los recursos a tales menesteres dedicados como el destino que a los mismos deberá corresponder.

El Tribunal Constitucional

Todo el dispositivo institucional antes descrito descansa en el supuesto de que resulte posible establecer una suficientemente nítida distinción entre las normas de conducta cuya paternidad debe corresponder a la asamblea legislativa —normas que en igual medida deben obligar al gobierno y al ciudadano— y aquellas otras que se refieren al mero ejercicio de la función pública, normas estas últimas que, siempre dentro de los límites establecidos por la ley, deben emanar de la asamblea gubernamental. Aunque, a lo largo de estas páginas, hemos intentado dejar claramente establecidos los principios que justifican la existencia de tal distinción, y aunque la cláusula fundamental del correspondiente documento constitucional intentaría definir debidamente aquello que debiera ser conceptuado ley (en el sentido de norma de recto comportamiento), no dejarían de surgir en la práctica problemas cuyas múltiples implicaciones sólo cabría resolver a través del continuo esfuerzo desarrollado por algún tribunal especializado. Los problemas de referencia surgirían fundamentalmente como conflictos de competencia entre una y otra de las antes aludidas asambleas y, en general, derivarían del hecho de que una de ellas cuestionara la validez de lo que la otra hubiera establecido.

Para que ese superior tribunal quedara dotado de la necesaria autoridad —habida cuenta de las especiales condiciones que sus miembros habrían de reunir—, sería aconsejable atribuirle la categoría de Tribunal Constitucional. También sería conveniente que, además de jueces profesionales, integrasen el